

EL DIFÍCIL ENCAJE DE LA CAUSA DE INCOMPATIBILIDAD SOBREVENIDA EN LA INSTITUCIÓN DEL MANDATO REPRESENTATIVO

ALEXANDRE H. CATALÀ I BAS

SUMARIO

1. EL DIFÍCIL ENCAJE DE LA CAUSA DE INCOMPATIBILIDAD SOBREVENIDA EN LA INSTITUCIÓN DEL MANDATO REPRESENTATIVO. 2. LAS TÉCNICAS FRAUDULENTAS DEL BRAZO POLÍTICO DE ETA Y EL ACCESO A LOS CARGOS PÚBLICOS. 3. NATURALEZA DE LA FIGURA INTRODUCIDA EN EL PUNTO 4 DEL ARTÍCULO 6 LOREG. 4. LA ADECUACIÓN A LA CE DE LA CAUSA DE INCOMPATIBILIDAD SOBREVENIDA INTRODUCIDA EN LA LOREG EN LA REFORMA DE 2011. 5. LA DECLARACIÓN DE CONDENA AL TERRORISMO COMO ELEMENTO QUE IMPIDE LOS EFECTOS DE LA CAUSA INCOMPATIBILIDAD Y LA NEGATIVA A REALIZARLA COMO APOYO IMPLÍCITO. 6. LA ADECUACIÓN AL CEDH DE LA CAUSA DE INCOMPATIBILIDAD SOBREVENIDA INTRODUCIDA EN LA LOREG EN LA REFORMA DE 2011.

EL DIFÍCIL ENCAJE DE LA CAUSA DE INCOMPATIBILIDAD SOBREVENIDA EN LA INSTITUCIÓN DEL MANDATO REPRESENTATIVO

ALEXANDRE H. CATALÀ I BAS

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universitat de València

1. EL DIFÍCIL ENCAJE DE LA CAUSA DE INCOMPATIBILIDAD SOBREVENIDA EN LA INSTITUCIÓN DEL MANDATO REPRESENTATIVO

La reforma de la LOREG llevada a cabo por la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, tal como se señala en el Preámbulo de la Ley, introduce un punto 4 en el artículo 6 LOREG y regula, en todas las modalidades de procesos electorales, una nueva causa de incompatibilidad sobrevenida, que concurrirá en los representantes electos de candidaturas presentadas por partidos, o por federaciones o coaliciones de partidos declarados posteriormente ilegales por sentencia judicial firme, así como los electos en candidaturas presentadas por agrupaciones de electores declaradas vinculadas aun partido ilegalizado por resolución judicial firme, salvo que voluntariamente y de modo expreso e indubitado rechacen las causas que motivaron la ilegalización de la formación bajo cuya lista concurrieron a las elecciones. La incompatibilidad surtirá efecto en el plazo de quince días naturales, desde que la Administración Electoral permanente comunique al interesado la causa de incompatibilidad, salvo que éste formule la declaración referida, advirtiéndose que si durante el ejercicio del mandato al que haya accedido tras haberla explicitado, la persona electa se retractase, por cualquier

medio, de la misma, o mostrara contradicción respecto de su contenido —a través de hechos, omisiones o manifestaciones, quedará definitivamente incurso en esta causa de incompatibilidad.

Esta reforma pretende cerrar el círculo toda vez que, como los hechos han demostrado, era posible salvar la LOPP mediante alguna de las técnicas fraudulentas a las que con posterioridad hemos hecho referencia. Una vez celebrados los comicios, el daño ya estaba hecho pues la posterior constatación de connivencia con los terroristas no impedía que los electos continuaran en el ejercicio de su cargo y, por lo tanto, que ETA estuviera presente en las instituciones democráticas. La asignatura pendiente era, por tanto, impedir esa vía de escape que la LOPP no había tapado. La desposesión del cargo puede considerarse como un efecto más, posiblemente el último, de la ilegalización de una formación política¹.

Nuestra Norma Fundamental es consciente de la crisis del concepto de representación a la que asistimos. No otro significado tiene la prohibición del mandato imperativo del artículo 67.2. CE y la interpretación que del mismo se ha visto obligada a realizar nuestra jurisprudencia constitucional, señalando la STC 8/1983, de 4 de febrero, que «el derecho a participar corresponde a los ciudadanos y no a los partidos, que los representantes elegidos lo son de los ciudadanos y no de los partidos y que la permanencia en el cargo no puede depender de la voluntad de los partidos, sino de la expresada por los electores»². Y ello porque la representación política consiste en una unidad de voluntades entre representantes y representados que imputa a éstos los actos de aquéllos, de modo que la privación al representante de su función afecta tanto al derecho de éste como al derecho del representado.

Son representantes quienes resultan designados directamente por elección popular, de tal manera que hacen efectivo el derecho que corresponde a los

¹ Sobre la disolución de partidos políticos y sus efectos puede verse, además de las obras citadas a lo largo del presente estudio, E. ÁLVAREZ CONDE y A.H. CATALÀ I BAS: «La aplicación de la Ley Orgánica de Partidos Políticos. Crónica inacabada de la ilegalización de Herri Batasuna, Batasuna y Euskal Herritarrok» *Foro Revista Ciencias Jurídicas y Sociales*, n.º 0, 2004, pp. 7 a 35, y «Efectos directos y colaterales de la disolución de Herri Batasuna», *Revista de ciencias jurídicas y sociales*. Foro, n.º 2, 2005, pp. 131 a 151; J.TAJADURA TEJADA: *Partidos políticos y Constitución*, Civitas, Madrid, 2004; J.A. MONTILLA MARTOS (Ed.): *La prohibición de partidos políticos*, Universidad de Almería, 2004; M. PÉREZ-MONEO, A.: *La disolución de partidos políticos por actividades antidemocráticas*, Lex Nova, Valladolid, 2007; M. IGLESIAS BÁREZ: *La ilegalización de partidos políticos en el ordenamiento jurídico español*, Comares, Granada, 2008; J. CORCUERA ATIENZA, J. TAJADURA TEJADA. E. VÍRGALA FORURIA: *La ilegalización de partidos políticos en las democracias occidentales*, Dykinson, Madrid, 2008.

² Vide también la STC 10/1983, de 21 de febrero.

ciudadanos a la participación política. La elección sólo puede recaer sobre personas determinadas y no sobre partidos o asociaciones que proponen las candidaturas al electorado. De acuerdo con la STC 5/1983, de 4 de febrero, «la permanencia en el cargo no puede depender de la voluntad de los partidos sino de la expresada por los electores a través del sufragio expresado en elecciones periódicas»³.

Los representantes no lo son de sus votantes concretos sino de todo el cuerpo electoral, ya que la representación, como ha subrayado la STC 10/1983, de 21 de febrero, «lo es siempre del cuerpo electoral y nunca del autor de la propuesta». Junto a este planteamiento, nuestra jurisprudencia es consciente del divorcio existente entre la realidad política y la realidad jurídica. Así, en la STC 32/1985, de 6 de marzo, señala que aunque «los representantes lo son del cuerpo electoral son también, aunque en otro sentido, representantes de sus electores». Y en la STC 119/1990, de 21 de junio, declara que aun siendo el mandato de los representantes jurídicamente libre y no sometido a instrucciones, no se puede desconocer «la fidelidad a los compromisos políticos ofertados a los electores y que han determinado la elección»⁴.

En definitiva, y a pesar de estos pequeños vaivenes, a los efectos que aquí nos interesan el escaño, hoy por hoy, es del representante político, de nadie más⁵. Si ello es así, en principio la permanencia en el cargo dependerá de los propios actos del representante político, con lo que resulta cuestionable que el representante pueda ser desposeído de su cargo por actos ajenos, atribuibles no al electo sino a la formación política, coalición, agrupación de electores, etc. bajo cuyo paraguas se ha presentado a los comicios. El caso paradigmático es el

³ Vide, entre otras, las SSTC 10/1983, de 21 de febrero; 16/1983, de 10 de marzo; y 20/1983, de 15 de marzo.

⁴ E. ÁLVAREZ CONDE y A.H. CATALÀ I BAS: *Derecho de partidos*, Colex, Madrid, 2005, pp. 71 y ss.

⁵ Sobre la cuestión, vide entre otros, J. DE ESTEBAN: «El escaño no es del diputado», *El Mundo*, 26 de junio del 2003, donde se defiende la tesis del mandato ideológico, que implica que los representantes deben aceptar y cumplir el programa electoral; G. PECES BARBA: «El fraude en las elecciones: autocrítica y crítica», *El País*, 27 de junio del 2003; E. GUERRERO: «Patologías institucionales en Madrid», *El País*, 27 de junio del 2003; J. PÉREZ ROYO: «El Plan B», *El País*, 27 de junio del 2003; B. PENDAS: «Alcalde y Presidente», *ABC*, 28 de junio del 2003; F. CAAMAÑO: «El escaño de Tamayo y la democracia de mesa camilla», *El País* 17 de julio del 2003, quien propone imputar el voto no a los partidos sino a la lista electoral en sí misma considerada, proponiendo una modificación de la LOREG al respecto; B. BARREIRO y otros: «La selección adversa en los partidos», *El País*, 4 de julio del 2003; A.J. TRUJILLO y M. NAVAS SÁNCHEZ: «Normativa sobre el transfuguismo en los Reglamentos parlamentarios autonómicos», *Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 14, 2003, pp. 87 y ss.

alemán en el que la ilegalización de una formación política conlleva la pérdida del escaño. En 1952 el Tribunal Constitucional alemán ilegalizó el Partido Socialista del Reich y decretó la pérdida de los escaños de los Diputados de dicha formación sin que tal medida estuviera prevista por ley alguna. En 1956 la ilegalización del Partido Comunista de Alemania llevó a idéntico resultado pero esta vez el mismo estaba previsto en la normativa electoral. Considera CAAMAÑO que es plenamente factible que la sentencia que declara la inconstitucionalidad de un partido político incluya, entre sus efectos, el de la pérdida del escaño toda vez que ello supondría no una vulneración sino una defensa del derecho de los ciudadanos a «ser representados» cuyo ejercicio «no puede ser contrario a lo dispuesto en la Constitución misma»⁶. Opinión contraria mantenía ya en 1982 TORRES DEL MORAL al afirmar que lo que no puede hacer «un Tribunal Constitucional, sin estar habilitado para ello, es dejar sin efecto un acto del cuerpo electoral procesalmente correcto y firme, como lo fue en su día la elección de los diputados en cuestión»⁷. Nosotros nos alineamos con la segunda de estas posturas. Recordemos aquí la polémica en torno a la disolución de los grupos parlamentarios como efecto derivado de las sentencias de ilegalización.

La cuestión también puede plantearse a la inversa: los actos de los dirigentes de un partido pueden ser imputados a éste. Podemos citar por su interés y aunque sólo sea de forma escueta, los casos Selim Sadak, de 11 de junio de 2002 y Kavakçı, de 5 de abril de 2007, ambos contra Turquía. En la época de los hechos el artículo 69.6 de la Constitución turca, tenía un alcance muy amplio ya que todos los actos y propuestas de los miembros podían ser imputables al partido político para considerar que éste era un «centro de actividades» contrarias a la Constitución y decidir su disolución no estando prevista distinción alguna entre diversos grados de implicación ni medidas menos graves⁸. El TEDH consideró que la disolución del partido en cuestión y la limitación de derechos políticos para sus integrantes en aplicación de dicho precepto eran medidas graves y desproporcionadas. Sin embargo, consideró adecuada al Convenio la reforma operada en 2001, que pasaba a exigir dos requisitos a una formación política para ser calificada de «centro de actividades»: que los

⁶ F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ: *El mandato parlamentario*, Congreso de los Diputados, 1991, p. 279.

⁷ A. TORRES DEL MORAL: «La crisis del mandato representativo en el Estado de Partidos», *Revista de Derecho Político*, n.º 14, 1982, p. 24.

⁸ Artículo 69.6: «Un partido político no podrá ser disuelto por actividades contrarias a las disposiciones del artículo 68.4 salvo si el Tribunal Constitucional constata que este partido político constituye un centro de dichas actividades (...)»

dirigentes y miembros de la formación política se dedicaran intensivamente a dichas actividades y que dicha situación fuera aprobada explícita o implícitamente por los órganos del partido⁹. Además, el artículo 69.7 permitía la imposición de sanciones menos graves como la privación de ayudas públicas. Todo ello le llevó al Tribunal a concluir compatible este tipo de medidas con el Convenio ya que «las restricciones a los derechos políticos se producirían con menor frecuencia y que dichos derechos quedaban reforzados».

Volviendo al caso que nos ocupa, con la introducción de esta nueva causa de incompatibilidad la polémica está servida. Es controvertida la naturaleza de esta figura, es dudosa su constitucionalidad, su adecuación al CEDH puede plantear problemas (podría suceder, incluso, que la medida no fuera constitucional y, en cambio, compatible con el CEDH), está por delimitar el contenido de la declaración de rechazo... La brevedad que caracteriza este tipo de estudios impide abordar con la debida extensión y profundidad todas estas cuestiones. Su objetivo es, por tanto, mucho más modesto: plantearlas, al menos, y posicionarse al respecto. ETA y sus secuaces han intentado engañarnos una y otra vez, de ahí que esta medida ha de enmarcarse en los intentos del Estado de Derecho de impedirle a ETA el acceso a las instituciones democráticas y en las maniobras fraudulentas de ETA para burlar este objetivo. Advertir, por último, que aunque en la mayoría de casos solo hacemos referencia a la ilegalización de formaciones políticas lo hacemos por brevedad pero nos estamos refiriendo a todos los supuestos contenidos en el punto 4 del artículo 6.

2. LAS TÉCNICAS FRAUDULENTAS DEL BRAZO POLÍTICO DE ETA Y EL ACCESO A LOS CARGOS PÚBLICOS

A lo largo de los diez años de vigencia de la Ley Orgánica de Partidos Políticos (en adelante, LOPP) han sido muchos los intentos del entorno político de ETA de salvar los efectos de la Ley y hacerse presente en las instituciones

⁹ Artículo 69.6: «Un partido político no podrá ser disuelto por actividades contrarias a las disposiciones del artículo 68.4 salvo si el Tribunal Constitucional constata que este partido político constituye un centro de dichas actividades (...) Se considerará que un partido político se ha convertido en un centro de gravedad de dichos actos si los miembros del partido realizan, de manera intensiva, actividades que presentan el carácter en cuestión y que dicha situación es explícita o implícitamente aprobada bien por el congreso del partido, bien por su presidente, bien por sus órganos centrales de decisión o de dirección, bien por la asamblea general o el consejo de dirección del grupo del partido en la Gran Asamblea nacional de Turquía o si los actos en cuestión se realizan directamente y con determinación por los propios órganos del partido».

democráticas. Un breve repaso a este periodo de tiempo nos muestra diferentes técnicas fraudulentas con este objetivo:

— La sucesión fraudulenta de Herri Batasuna. Este es el caso de Batasuna y Euskal Herritarrok. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 27 de marzo de 2003, no encontró dificultad en encuadrar muchas de las actividades llevadas a cabo por HB y sus sucesores en los supuestos del artículo 9 LOPP, lo que le permitió declarar la disolución de dichas formaciones políticas. Para ello aplicó la técnica del levantamiento del velo cuyo origen se encuentra en la jurisprudencia de los Estados Unidos a través de la *disregard of the legal entity*, constituyendo en este caso, y en palabras del propio Tribunal Supremo, un instrumento idóneo para constatar la auténtica realidad que subyacía bajo la apariencia de tres partidos políticos legales —las tres formaciones demandadas en este proceso—, así como para determinar que tras esa veste formal se ocultaba verdaderamente la organización terrorista ETA, esto es, que Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna eran sólo artificios legales creados por ETA para lograr el complemento político de su propia actividad terrorista, existiendo, por tanto, un único sujeto real que utilizaba múltiples ropajes jurídicos.

— La activación de partidos aletargados. Por partidos políticos *aletargados* entendemos aquellos que han estado sin actividad relevante durante tiempo y de repente despiertan con una actividad frenética cercanos unos comicios electorales. En relación con estos partidos, los cauces para ilegalizarlos son dos: el primero, el de la demanda declarativa de ilegalización, es decir, iniciar una vía independiente de anteriores ilegalizaciones; el segundo, el del incidente de ejecución de sentencia. La primera vía fue la utilizada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de septiembre de 2008 para ilegalizar el Partido Comunista de las Tierras Vascas, y en su sentencia de 22 de septiembre de 2008, con ocasión de la ilegalización del partido Acción Nacionalista Vasca (ANV).

— El intento de inscripción de partidos nuevos. Como ejemplos de esta técnica fraudulenta podemos citar el caso del partido Abertzale Sozialistem Batasuna (ASB). En él se deniega su inscripción con lo cual no llega a nacer ni a tener personalidad jurídica propia. Hemos visto como en el caso anterior era posible escoger entre las dos vías, en cambio aquí solo es posible la segunda. La primera, la vía independiente de las anteriores ilegalizaciones, pasa por considerar al partido no como sucesor de los ilegalizados, sino de nueva factura. Esta consideración nos llevaría a la aplicación de la doctrina del TEDH, que considera contraria al CEDH la denegación de la inscripción a un partido nuevo al que

no se ha dejado que despliegue ningún tipo de actividad —siempre y cuando de sus estatutos o programa no pueda deducirse de forma clara que persigue un objetivo antidemocrático o que quiere utilizar métodos violentos para imponerlo. Según la jurisprudencia del TEDH, será preciso esperar a que el nuevo partido despliegue su actividad para probar su conexión con ETA¹⁰. Como dirá el Tribunal Supremo en el Auto de 22 de mayo de 2007, asunto ASB: «este proceso no versa sobre la ilegalización y disolución de un partido político (artículos 9 y 10 LOPP), que exige una valoración de la actividad desplegada por éste a fin de verificar si se ajusta o no al mínimo constitucional y legal que, en lo que ahora importa, viene recogido en el artículo 9 LOPP, en el que, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, se realizan continuas referencias a la actividad; sino que tiene un objeto distinto: examinar si, habiendo sido ilegalizado el partido político Batasuna por virtud de sentencia firme de esta Sala, las exigencias de cumplimiento íntegro de la sentencia reclaman que se impida con las garantías del proceso la sustitución del partido ilegalizado por otro que continúe o suceda en su actividad».

No exento de polémica ha estado el caso SORTU. Mientras que el Tribunal Supremo en su Auto de 30 de marzo de 2011 denegó la inscripción de esta formación con argumentos similares al caso BILDU, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 138/2012, de 20 de junio consideró dicha medida vulneradora del derecho de asociación al concluir que el tribunal Supremo había basado dicha medida en meras sospechas y no en pruebas a la par que consideraba el rechazo a la violencia de esta formación contenida en sus estatutos y reiterada por sus dirigentes como «factor bastante para contrarrestar otros elementos de convicción que pudieran fundamentar la acreditación judicial de una estrategia defraudadora de la Sentencia de ilegalización de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna».

— Las agrupaciones de electores como sucesoras de los partidos ilegalizados. La ilegalización de los partidos políticos Herri Batasuna, Batasuna y Euskal Herritarrok comportó como estrategia la presentación en sucesivos comicios (elecciones municipales y a las Juntas Generales de los Territorios Forales y Autonómicas en Navarra de 2003, elecciones al Parlamento Europeo de 2004, elecciones al Parlamento vasco de 2005, etc.) de agrupaciones electorales que no eran más que continuación de aquéllos con la clara intención de burlar la aplicación de la LOPP y perpetuar así su actividad lo que a la postre dio lugar

¹⁰ Entre otras SSTEDH Partido Comunista Unificado c. Turquía, de 30 de enero de 1998; Partidul Comunistilor (Nepeceristi) y Ungureanu (PCN) c. Rumania, de 3 de febrero de 2005; o Tsonev c. Bulgaria, de 13 de abril de 2006.

a varias sentencias del Tribunal Supremo¹¹, del Tribunal Constitucional¹² y del TEDH¹³ todas ellas favorables a la anulación de las candidaturas.

— La utilización fraudulenta de candidaturas de partidos políticos ya existentes: casos ANV y Askastasuna. En ambos casos la opción escogida por el Abogado del Estado y por el Ministerio Fiscal fue solicitar la anulación de los acuerdos de las respectivas Juntas Electorales en que se proclamaban las candidaturas presentadas por el partido en cuestión. La vía escogida no esta exenta de polémica desde el momento en que lo que se procura es apartar de la contienda electoral a determinadas candidaturas de un partido sin solicitar, simultáneamente, la ilegalización del partido político que las promueve y acoge.

— La aparición de BILDU nos muestra otra posible técnica fraudulenta. En este caso nos encontramos con dos partidos políticos, Eusko Alkartasuna (EA)/ Alternatiba Eraikitzen que en el pasado habían concurrido a las elecciones y que han condenado desde siempre la violencia terrorista de forma inequívoca. En las elecciones locales y autonómicas de 2011 se coaligan dejando gran parte de los puestos de salida de sus listas a personas que no forman parte de ninguno de los dos partidos, y que pertenecen a la denominada Izquierda Abertzale, lo que hace levantar sospechas de que podríamos estar ante una maniobra fraudulenta más.

Algunas de estas maniobras culminaron con éxito con el efecto perverso ya descrito.

3. NATURALEZA DE LA FIGURA INTRODUCIDA EN EL PUNTO 4 DEL ARTÍCULO 6 LOREG

Cabe advertir antes que nada que la ilegalización de un partido político en aplicación de la LOPP no es una sanción penal, Tribunal Constitucional *dixit*, así que tampoco ahora formalmente podemos hablar de que nos encontremos ante una medida de tal naturaleza. El TEDH en las sentencias sobre ilegaliza-

¹¹ SSTs de 3 de mayo de 2003 (Autodeterminaziorako Bilgunea, AuB); de 17 de mayo de 2004 (Herritarren Zerenda); de 26 de marzo de 2005 (Aukera Guztiak); de 5 de mayo de 2007 (Sozialistak Abertzaleak); de 8 de febrero de 2009 (D3M); y ATS de 8 de febrero de 2009 (Askatasuna).

¹² SSTC 85/2003, de 8 de mayo (Autodeterminaziorako Bilgunea, AuB); 99/2004, de 27 de mayo (Herritarren Zerenda); 68/2005, de 31 de marzo (Aukera Guztiak); 110/2007, de 10 de mayo (Sozialistak Abertzaleak); 43/2009, de 12 de febrero (Askatasuna); y 44/2009, de 12 de febrero (D3M).

¹³ SSTEDH Etxeberria, Barrena Arza, Nafarroako Autodeterminazio Bilgunea y Aiarako y otros c. España, de 30 junio 2009; Herritarren Zerenda c. España, de 30 junio 2009; Eusko Abertzale Ekintza-Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV) c. España, de 7 diciembre 2010.

ción de partidos políticos ha dado por buena la naturaleza no penal de esta ley aunque ha calificado medidas de este tipo como «sanción grave» sin mayores consideraciones sobre su verdadera naturaleza. En este caso, casi con toda probabilidad, concluirá en el mismo sentido.

El nuevo punto 4 del artículo 6 se presenta como una causa de incompatibilidad sobrevenida aunque su verdadera naturaleza es controvertida. El objetivo de las incompatibilidades, o situaciones jurídicas, es el de impedir simultanear dos cargos, cuando dicho conflicto se produce con posterioridad a las elecciones. Este no es el caso. TAJADURA la califica de incompatibilidad política¹⁴. Para GAVARA es una inelegibilidad sobrevenida¹⁵. Según TORRES DEL MORAL lo que se pretende es una revocación «que puede insertarse en el mandato representativo por el deterioro o la pérdida de la confianza que el cuerpo electoral, la nación, depositó en sus representantes»¹⁶, aunque, advierte, que la revocación del mandato por parte de los electores tiene difícil encaje en nuestro sistema y con más inconvenientes que ventajas¹⁷.

SANTAOLALLA define las incompatibilidades como «el conjunto de cargos y situaciones jurídicas que no pueden ostentar durante el ejercicio del mandato representativo»¹⁸. Las incompatibilidades tienen su origen en la prohibición de simultanear dos situaciones, en la mayoría de los casos dos cargos o puestos, pudiendo ser el segundo público o privado. Se trata de una situación querida o, al menos, provocada por él y que le obliga a optar por una u otra, la mayoría de los casos, o, la menos de las veces, a asumir obligatoriamente la nueva situación¹⁹. De acuerdo con el anterior autor, la incompatibilidad «obliga al

¹⁴ Los supuestos de incompatibilidad, como bien señala TAJADURA se refieren todos a una incompatibilidad funcional dejando a un lado, en todo caso, el determinado por una condena a prisión por sentencia judicial firme o no según los casos. J. TAJADURA TEJADA: «La reforma electoral y la ilegalización de partidos políticos: Comentario a la LO 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la LO 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General» en ÁLVAREZ CONDE, E. y LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ-MADROÑERO, A. (DIR.), *Estudios sobre la Reforma de la Ley Orgánica del régimen Electoral General: La Reforma continua y discontinua*, IDP, Madrid, 2011, p. 264.

¹⁵ J.C. GAVARA DE CARA: «La reforma de la LOREG: expectativas y alcance» en R. CHUECA RODRÍGUEZ y J.C. GAVARA DE CARA: *La reforma de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General*, CEPC, Madrid, 2011, p. 155 y ss.

¹⁶ A. TORRES DEL MORAL: «Réquiem por el mandato representativo», *Revista de Derecho Político*, n° 81, 2011, pp. 45 y 46.

¹⁷ Ídem. p. 47.

¹⁸ F. SANTAOLALLA: *Derecho parlamentario español*, Espasa, 1990, p. 113.

¹⁹ En dos supuestos no hay esa posibilidad de opción sino que el cargo ha de asumir obligatoriamente la nueva situación. Son el caso de sentencia firme a pena privativa de libertad y el caso de sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo, contra la Adminis-

parlamentario a optar entre su escaño y el cargo, actividad, participación o percepción incompatible»²⁰. En el caso que nos ocupa falta ese elemento relacional y esa posibilidad de optar. El cargo de Diputado no se afronta a otra situación que no pueda simultanearse con él. No son dos situaciones distintas sino la misma situación con la aparición una circunstancia extraña o exógena al cargo, la ilegalización del partido político, en la que, incluso, puede suceder que el electo no tenga ninguna responsabilidad y que comporta la pérdida del escaño. En los casos de incompatibilidad existe ese elemento relacional que conecta dos situaciones: Diputado-Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia, Diputado-miembros del Consejo de Administración de RTVE, Diputado-miembro del Gabinete de la Presidencia del Gobierno o de cualquiera de los Ministros y de los Secretarios de Estado; incluso Diputado-presos o Diputado-inhabilitados. Aquí no aparece dicho elemento. De ese elemento relacional deriva que en la mayoría de los casos, de forma voluntaria, se opte. Aquí no. No vale decir que las dos situaciones cara a cara y por las que el electo de forma voluntaria puede optar son ser diputado-dejar de serlo. Sería como afirmar que el cargo de Diputado, que fue obtenido merced a unos resultados en unas listas de una formación legal, es incompatible con el propio cargo debido a una circunstancia totalmente ajena a él y fuera de su control que no es otra que la ilegalización posterior de la formación política. De acuerdo con los principios del mandato representativo, el cargo es el mismo, el de Diputado, y no afecta a su esencia, como hemos visto, que el partido bajo cuyas siglas se ha presentado haya sido ilegalizado. Por otra parte, la incompatibilidad exige que las dos situaciones incompatibles coincidan en el tiempo y que el cargo opte por una u otra, circunstancia que aquí no se da, por mucho que se hable de incompatibilidad sobrevenida, pues nos encontramos ante un cambio, no esencial, de la situación originaria o, en todo caso, ante dos situaciones sucesivas en el tiempo que no entran en contacto y sobre las que no puede realizarse un examen de incompatibilidad.

La R.A.E, además de definir la incompatibilidad como el impedimento o tacha legal para ejercer dos cargos a la vez, en un sentido más amplio también la define como el impedimento o tacha legal para ejercer una función determinada. En ese sentido más amplio, en el que está ausente ese elemento relacional, podríamos concluir que es incompatible ostentar el cargo de Diputado cuando dicho cargo se ha obtenido bajo el manto electoral de un partido posteriormente

tración Pública o contra las Instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público (art. 6.2.a) y b) LOREG.

²⁰ Ídem. p. 114.

ilegalizado. Pero, ¿incompatible con qué? Sólo hay una respuesta: incompatible con algo más general y de principio como es el propio sistema democrático. Repugna al orden democrático que continúe con el acta de Diputado un electo que lo ha sido bajo unas siglas de un partido que con posterioridad a las elecciones ha sido ilegalizado por dar su apoyo a los terroristas. Sin embargo, a la hora de hablar de incompatibilidades, el legislador ha optado por el sentido estricto, enfrentando en todos los casos dos situaciones que no pueden simultanearse, de ahí que, en definitiva, sea difícil encajar esta nueva figura entre las causas de incompatibilidad.

La solución puede estar fuera de la LOREG. Es una causa de pérdida de la condición de diputado como las que se regulan en el artículo 22 del Reglamento del Congreso, que no opera de manera automática como el resto ya que puede salvarse mediante la declaración a la que se hace referencia en dicho precepto. Por lo tanto, la sentencia de ilegalización de la formación política en cuestión funciona como causa de extinción del mandato representativo. Dicha extinción está condicionada a la no realización de una declaración de condena de los actos que han dado lugar a dicha ilegalización.

4. LA ADECUACIÓN A LA CE DE LA CAUSA DE INCOMPATIBILIDAD SOBREVENIDA INTRODUCIDA EN LA LOREG EN LA REFORMA DE 2011

Dicho lo anterior, cabe advertir que la reforma plantea importantes dudas sobre su constitucionalidad. El derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos es un derecho de configuración legal tal y como se deduce del artículo 23 CE. Ello no obstante, dicha realidad no permite al legislador introducir elementos de naturaleza tal que lo desvirtúe, de donde se desprende que, con este límite, la Ley puede modular en un sentido restrictivo dicho derecho cuando concurren circunstancias que lo justifiquen. Así lo hace, por ejemplo, el Código Penal que prevé la pena de inhabilitación para desempeñar un cargo público para determinados delitos. Ahora bien, toda vez que el escaño pertenece al diputado o concejal y no al partido, a la agrupación de electores, a la lista electoral o al grupo parlamentario o municipal; y que la permanencia en el cargo, tal como se señala en la STC 5/1983, de 4 de febrero, no puede depender de la voluntad de éstos, cabe cuestionarse hasta qué punto el electo pueda ser desposeído del cargo por la posterior ilegalización de la formación política en cuestión debido a una serie de actuaciones atribuibles a ésta en las que, incluso, puede no tener ningún tipo de vinculación o responsabilidad. Tribunal Supremo, sentencia de 3

de mayo de 2003, y Tribunal Constitucional, sentencia 85/2003, de 8 de mayo, se plantean la cuestión con ocasión de la aplicación del artículo 44.4. LOREG en la redacción dada por la disposición adicional segunda, 1, de la Ley Orgánica 6/2002 en cuya virtud no podrán presentar candidaturas las agrupaciones de electores que, de hecho, vengán a continuar o suceder la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto, o suspendido. Advierten ambos tribunales del riesgo de que la apreciación de la continuidad o sucesión pueda dar lugar a que se convierta en un motivo de inelegibilidad para las personas que formaron parte de una agrupación electoral por el mero hecho de haber pertenecido al partido político ilegalizado. Dirá así el segundo que «trasladar las consecuencias de la disolución (...), sin más, a las agrupaciones de electores supondría convertir la disolución de una persona jurídica en causa limitativa del ejercicio de un derecho fundamental por parte de personas físicas. Estas, además, quedarían afectadas en su derecho de sufragio pasivo por el solo hecho de haber tenido relación con el partido disuelto. La disolución del partido se convertiría en una suerte de «causa de inelegibilidad parcial». Semejante mutilación o restricción de su derecho ex art. 23.1 CE traería causa de una disolución acordada en función de la conducta acreditada de un partido político. Esto es, los hechos imputables a un partido se convertirían en causa de inelegibilidad de un particular a partir de la presunción de que éste continuará aquella línea de conducta. Una disolución basada en hechos probados pasaría a ser causa de la privación de un derecho a partir de la presunción de que el afectado realizará hechos de la misma especie. Se castigaría al particular y se le castigaría a partir de un juicio de intenciones. Algo que no puede justificar la disolución de un partido sí podría, en cambio, limitar el derecho de quien estuvo afiliado al partido cuando éste era legal».

En este caso sólo hay una interpretación que permita salvar esta cuestión: partido político y agrupación electoral son términos tan heterogéneos que no cabe la continuidad, salvo, justamente, si la agrupación deja de ser propiamente tal, instrumentalizándose al servicio de la reactivación o continuidad de un partido disuelto. El artículo. 44.4 LOREG pretende impedir esa clara defraudación de la legalidad, aunque, dirá el Tribunal Constitucional «para ello ha de perjudicarse, mediatamente, el ejercicio de un derecho individual que no ha sido objeto de la sentencia de disolución».

Para el Tribunal Constitucional en el caso anterior nos podríamos encontrar ante una causa de inelegibilidad parcial sin acomodo constitucional si no fuera por la interpretación que realiza para salvar la constitucionalidad de la medida. Aquí las circunstancias son distintas aunque hay autores que califican la modificación de la LOREG de causa de inelegibilidad sobrevenida. Pensemos en el electo que no ha realizado ningún tipo de acto de apoyo expreso a la banda

terrorista. El electo lo ha sido en las listas de la formación, coalición, etc. ilegalizada. Ahora existe una presunción *iuris tantum* de que apoya las actuaciones que han dado lugar a la ilegalización que sólo puede romperse mediante la declaración a la que hace referencia el punto 4 del artículo 6 LOREG. ¿Es posible desposeer del escaño a quien no ha realizado ninguna actuación penalmente relevante? Si no otorga esa declaración, es decir, si guarda silencio, es desposeído del escaño. Sin embargo, cuando de partidos políticos se trata, ese silencio como apoyo tácito es fijado por un tribunal a partir de pruebas, aunque sean indiciarias, y, normalmente, se declara probado cuando también existen manifestaciones de apoyo expreso. Aquí la medida funciona de forma automática y aislada y su aplicación recae en un órgano administrativo. Las dudas se acrecientan.

Para TAJADURA, la reforma no plantea dudas de constitucionalidad: «el legislador ha optado por el establecimiento de un supuesto de la incompatibilidad sobrevenida compatible con la Constitución puesto que desvincula el destino del representante de la suerte de su partido y porque tiene como objeto garantizar el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes»²¹. Tampoco parece plantear problemas de constitucionalidad a GAVARA, para quien la causa de incompatibilidad sobrevenida es más bien una causa de inelegibilidad sobrevenida ya que «se plantea que pueda ser realizada con posterioridad a la elección impidiendo al electo no el acceso sino la conservación del cargo representativo»²². Ambos autores coinciden en señalar que de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se deduce que puede ponerse término al ejercicio de la función representativa. Ello no obstante, no se trata de que de la jurisprudencia constitucional pueda realizarse dicha deducción sino de determinar en qué condiciones puede ponerse término a tal ejercicio. El problema radica, especialmente, en aquellos cargos públicos que no son responsables de dichos actos pero a los que se les aplica, en definitiva, la misma consecuencia, la desposesión del cargo, siendo que sólo se les puede atribuir la no realización una declaración expresa de condena de aquellos. TORRES DEL MORAL, discrepa de los anteriores y afirma con sólidos argumentos que «con la llamada incompatibilidad sobrevenida, se ha producido la ruptura de la relación representativa existente entre el cuerpo electoral y los diputados elegidos en las candidaturas del partido ilegalizado» opción del legislador orgánico que le parece «constitucionalmente incorrecta»²³. Parte el profesor de la afir-

²¹ J. TAJADURA TEJADA: «La reforma electoral y la ilegalización de partidos políticos...», *op. cit.* p. 276.

²² J.C. GAVARA DE CARA: «La reforma de la LOREG...», *op. cit.* p. 155

²³ A. TORRES DEL MORAL: «Réquiem...», *op. cit.* p. 32.

mación de que los partidos políticos no son elementos esenciales de la relación representativa sino que sólo son mediadores entre electores y candidatos por lo que la desaparición del mediador, sea por esta u otra circunstancia, no puede llevar aparejada la pérdida del cargo²⁴.

Las dudas sobre la constitucionalidad de la medida son serias ya que nos encontramos ante una medida: 1. Que, sin ser formalmente una sanción, supone una injerencia, y grave, en el derecho de participación política consagrado en el artículo 23 CE. 2. Que se aplica a un cargo electo «de rebote»; es decir, con ocasión de la ilegalización mediante sentencia judicial firme de la formación política, federación o coalición ilegalizada o por la declaración de vinculación de la agrupación electoral con una de las anteriores. Se podría argumentar que la causa de la pérdida del escaño no es la ilegalización del partido político y demás supuestos contemplados en el artículo 6.4. sino la negativa a hacer una declaración de condena con lo que la pérdida del escaño no se debería a un tercero sino a actos propios. Ello no es así ya que en este caso cabría preguntarse por qué los efectos de la negativa quedan circunscritos sólo a los actos de apoyo al terrorismo que han dado lugar a la ilegalización de la formación política y no a otros actos de apoyo que no han comportado este resultado. 3. Que rompe la relación elector-electo como consecuencia de la aplicación de una medida restrictiva del derecho de asociación a la formación, federación, etc. que no es una parte de dicha relación sino simple mediador. Puede ser que el cargo no sea ni afiliado al partido político en cuestión. En el caso del electo no a través de una lista electoral de un partido político sino en el seno de una agrupación electoral, la relación del electo y el partido político ya es de segundo grado. El electo pierde el escaño con ocasión de una sentencia que ha concluido la vinculación de la agrupación con la formación política ilegalizada. 4. Que se aplica a todos los cargos de forma indiscriminada, incluso a aquellos que no hayan realizado acto o declaración alguna que haya sido tenido en cuenta para la ilegalización. 5. Que se restringe un derecho fundamental a un electo como consecuencia de unos actos de los que no es directamente responsable. 6. Que solo puede evitar dicha medida mediante una declaración expresa de condena de los actos que han dado lugar a la ilegalización, por lo que el silencio, como apoyo tácito, que para los casos de ilegalización de formaciones políticas no es suficiente por sí sólo para desencadenar dicha consecuencia, ahora se convierte en causa suficiente para la pérdida del escaño. 7. Que se aplica por un órgano administrativo aunque es revisable por los tribunales.

Entendemos que una injerencia tan grave en el derecho de participación política sólo puede ser aplicada por actos de apoyo al terrorismo directamente

²⁴ Ídem. pp. 32 y ss.

atribuibles al cargo electo, hayan o no sido tomados en consideración para la ilegalización de la formación política, y como consecuencia de una sentencia judicial firme y no «de rebote» como consecuencia de la ilegalización de una formación política y la no realización de la oportuna declaración expresa de condena de los actos responsabilidad del partido.

El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre la cuestión pero lo cierto es que en los casos BILDU y SORTU ve con buenos ojos las últimas reformas operadas en la LOREG. Es más, en ambos casos, especialmente en el segundo, se utilizan dichas medidas como referencia para calificar, en un caso, la anulación de los actos de proclamación de las candidaturas y, en el otro, la negativa a la inscripción del nuevo partido, de desproporcionadas. En este sentido, merece la pena detenerse en el fundamento jurídico 14 de la sentencia 138/2012. En él no sólo se afirma que la denegación es desproporcionada a la vista de los instrumentos de control *a posteriori* de que se dotado nuestro ordenamiento con las últimas reformas legales sino que, a modo de advertencia, se adelanta el posible sentido del fallo TEDH en caso de que se denegara el amparo y se interpusiera una demanda ante dicho Tribunal, manifestando que la existencia de «estos remedios posteriores es ponderada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos como el que ahora nos ocupa para valorar si la declaración de ilegalidad o la negativa a inscribir un partido político constituye una medida proporcionada y necesaria en una sociedad democrática a la luz de los arts. 10 y 11 CEDH». Concluye el Tribunal loando esta medida junto con el resto de las introducidas en la reforma de la LOREG, por poner «de manifiesto la preocupación del legislador por dotar al sistema de los instrumentos jurídicos que impidan que los terroristas, o quienes los amparan y protegen, se prevalgan de los beneficios del Estado de Derecho para intentar destruirlo desde el interior de las instituciones democráticas». Toda una declaración de intenciones.

5. LA DECLARACIÓN DE CONDENA AL TERRORISMO COMO ELEMENTO QUE IMPIDE LOS EFECTOS DE LA CAUSA INCOMPATIBILIDAD Y LA NEGATIVA A REALIZARLA COMO APOYO IMPLÍCITO

Establece el punto 4 del artículo 6 una posibilidad de evitar los efectos de la causa de incompatibilidad: la realización de una declaración expresa e indubitada de separación y rechazo respecto de las causas determinantes de la declaración de ilegalidad del partido político o del partido integrante de la federación o coalición en cuya candidatura hubiese resultado electo; o, en su caso, del partido

al que se hubiera declarado vinculada la agrupación de electores en cuya candidatura hubiere resultado electo.

La primera cuestión que surge, por tanto, es qué cabe entender por declaración expresa e indubitada. La declaración ha de ser clara y patente, manifiesta no valiendo el rechazo a la violencia implícita que pueda deducirse de otro tipo de actos. La jurisprudencia constitucional en relación con la condena al terrorismo como contraindicio en los casos de ilegalización de formaciones políticas clarifica la cuestión y habrá de ser seguida por la Administración Electoral llegado el caso. De acuerdo con ella, si dicha declaración es inequívoca funciona como contraindicio de los indicios incriminadores. Lo dirá el Tribunal Constitucional en la STC 68/2005, de 31 de marzo, en los siguientes términos: «la condena inequívoca, constituye un contraindicio capaz de desacreditar la realidad de una voluntad de ese cariz deducida a partir de indicios suficientes». La condena tiene, pues, efectos curativos o rehabilitadores ya que, manifestada de forma inequívoca destruye todo germen o indicio de apoyo al terrorismo. La declaración ha de ser, por lo menos, de una contundencia similar a los indicios incriminadores para poder neutralizarlos. Así se desprende de la STS 586/2010, de 10 de junio, en la que se declara que no pueden considerarse tales las condenas de escasa entidad o con un componente de falta de lógica, constitutivas de datos que generan suspicacias, más que de auténticas condenas del terrorismo. El Tribunal Supremo precisa en el Auto de 22 de mayo de 2007 el contenido de dicha condena: «la condena o rechazo del terrorismo, cuando concurren las circunstancias que determinan su exigibilidad, no comporta únicamente el compromiso de utilizar exclusivamente medios pacíficos en el nuevo partido político constituido, toda vez que lo exigible no es solo un compromiso de actuar por vías democráticas, sino también de rechazar toda connivencia con quienes actúan por medios violentos y, por ello, esencialmente antidemocráticos, y, en consecuencia, de rechazar de forma inequívoca las actividades terroristas en razón de cuya connivencia ha sido ilegalizado el partido disuelto. Se trata, en suma, de un rechazo a la violencia terrorista de ETA como instrumento de acción política a partir de la constitución del nuevo partido».

Para ser considerada un contraindicio la condena ha de ser contundente e inequívoca no valiendo, como señala el Tribunal Constitucional en su STC 68/2005, de 31 de marzo, la condena genérica: «no tiene el mismo valor significativo la condena genérica de la vulneración de los derechos civiles y políticos de cualquiera (...), que la condena concreta del terrorismo, que implica un referente subjetivo mucho más preciso, y que de existir constituiría el contraindicio referido en nuestra jurisprudencia», aunque, en algún resolución, el Tribunal Constitucional no considera indispensable, si reviste especiales ca-

racteres de contundencia, que el distanciamiento, rechazo y condena se refiera específicamente a la banda terrorista ETA. Así ocurre en la STC 126/2009, de 21 de mayo.

Estos son los términos en los que, llegado el caso, debe formularse la declaración por parte del electo si no desea verse desposeído del cargo

En cualquier caso, es preciso subrayar que al Derecho le está vedado introducirse en el ámbito subjetivo de la sinceridad de quien realiza tal declaración. Al individuo no se le puede exigir que sea sincero y, en este sentido, afirma el Alto Tribunal en el caso BILDU que «la eficacia del contraindicio no queda sometida al dilema —insoluble para el Derecho— de la mayor o menor sinceridad del sujeto»²⁵. Ahora bien, lo que sí puede hacerse es contrastar la declaración de condena con otros hechos del declarante de tal suerte que indicios posteriores atribuibles al sujeto pueden desvirtuar el valor de la condena. La eficacia de la contraindicio «puede quedar condicionada a la identificación objetiva de la intención real de las declaraciones en las que el contraindicio consistiría, intención, sin embargo, que sólo puede desvelarse como contraria (y disimulada, por tanto) a partir de hechos observables y referidos o imputables al propio sujeto que pretende ejercer su derecho fundamental». Exige el magistrado Francisco José HERNANDO en su voto particular a la citada STC 62/2011, de 11 de mayo, que la condena sea «veraz, cualidad que no es predicable sin más de toda manifestación, sino en tanto en cuanto responda a una realidad, lo que, una vez más, exige una valoración singular en cada caso». Ello no obstante, no puede predicarse la veracidad de lo que es sólo una opinión. Más que veraz, la condena ha de ser contrastable con hechos que vayan en ese mismo sentido o, *sensu contrario*, no ha de quedar privada de valor por hechos que demuestren una simulación o fraude. Esta adecuación de los actos posteriores a la declaración de condena es lo que exige el segundo párrafo del punto 4 del artículo 6 en cuya virtud el electo quedara privado de su cargo si actos posteriores a la declaración tales como hechos, omisiones o manifestaciones, mostraran dicha discordancia.

La negativa a realizar dicha declaración conlleva que la causa de incompatibilidad despliegue sus efectos. Se entiende que dicha negativa equivale a un apoyo tácito, a un silencio culpable del electo. Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y TEDH se han preocupado de esta cuestión en los casos de ilegalización de partidos políticos. Efectivamente, el artículo 9.3.a) LOPP señala como conducta que puede llevar a la ilegalización de una formación política el apoyo tácito a los terroristas. De entrada, y como señala el Tribunal Constitu-

²⁵ STC 62/2011, de 5 de mayo.

cional en su STC 99/2004, de 27 de mayo (caso Herritarren Zerrenda), a nadie se le puede exigir, por principio, «manifestar adhesiones o repulsas que han de nacer sólo, si lo hacen, de su libertad de expresión» pues le ampara el derecho a no declarar sobre la propia ideología o a no opinar o pronunciarse sobre una determinada cuestión. Recordemos en este sentido que, para el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, la nuestra no es una democracia militante al estilo alemán que exija una adhesión positiva y una defensa de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico. El silencio tiene un carácter neutral, lo dirá el Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de marzo de 2003 (caso Aukera Gutziak) al contraponer el silencio de los que apoyan a los terroristas al silencio en otras circunstancias que «constituye una legítima opción política que podríamos calificar de neutra a los efectos del artículo 9 de la LOPP». Ahora bien, esta neutralidad del silencio puede ser puesta en entredicho en relación con un partido político, coaliciones, agrupaciones electorales o personas que ocupan un cargo representativo y en un escenario de más de treinta años de violencia terrorista. Dirá el Tribunal Constitucional en la STC 5/2004, de 16 de enero, que «la negativa de un partido político a condenar atentados terroristas puede constituir, en determinadas circunstancias, una actitud de apoyo político tácito al terrorismo o de legitimación de las acciones terroristas para la consecución de fines políticos, por cuanto esa negativa puede tener un componente cierto de exculpación y minimización del significado del terrorismo». De acuerdo con el Alto Tribunal, tan pronto se cierne sobre un partido político, agrupación electoral, etc., la sospecha fundada de connivencia con el terror o con formaciones que han sido proscritas en razón de esa connivencia, puede esperarse del afectado, «si efectivamente no acepta más instrumentos que los del voto y el debate libre, una declaración inequívoca de distanciamiento, rechazo y condena de cuanto representan una organización criminal y sus instrumentos políticos; y ello por respeto, en primer lugar, a aquéllos cuyo voto se busca para integrar, en su nombre, la voluntad del poder público. Con ello habría de bastar para deshacer la eficacia probatoria de indicios que, contra manifestación tan inconcusa, difícilmente podrían acreditar una realidad que así se desvirtúa»²⁶. Tanto el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional como el TEDH han aceptado que el silencio es prueba de apoyo tácito a los terroristas, si bien matizando que dicho silencio fue acompañado de un gran número de acciones positivas de apoyo y connivencia con los terroristas. Es decir, todo parece indicar que el silencio por sí solo no es suficiente para probar esa relación. Dirá el Tribunal Constitucional en la misma sentencia que «la negativa a condenar expresamente el terrorismo

²⁶ STC 99/2004, de 27 de mayo.

no es, por tanto, indicio bastante para acreditar *per se* una voluntad fraudulenta como la contemplada por el art. 44.4 LOREG»²⁷. Ahora, sin embargo, un solo acto de silencio es suficiente para aplicar una medida de alcance similar pues la ilegalización es a un partido político lo que la desposesión del cargo es a un electo.

6. LA ADECUACIÓN AL CEDH DE LA CAUSA DE INCOMPATIBILIDAD SOBREVENIDA INTRODUCIDA EN LA LOREG EN LA REFORMA DE 2011

Nos inclinamos por considerar, con alguna reserva que pondremos de manifiesto, que la reforma de la LOREG se ajusta al Convenio Europeo de Derechos Humanos. En un hipotético examen de la adecuación al CEDH de la causa de incompatibilidad sobrevenida el itinerario a seguir y los elementos a tener en cuenta por el TEDH podría ser, en términos generales, los siguientes: 1. El análisis de si la medida está prevista por la ley y si está reúne los requisitos de calidad que exige el Estado de Derecho. 2. El examen de si la medida es proporcionada y si ha afectado a la libre expresión de la voluntad política de los ciudadanos que pasará por el reconocimiento de que en la aplicación del artículo 3 del Protocolo número 1, España goza un amplio margen de actuación y que los límites son menos estrictos que en relación con otros derechos con los que está conectado. El TEDH recordará la existencia de limitaciones implícitas. 3. La aplicación de su doctrina relativa a que de igual manera que los actos de los dirigentes políticos son imputables al partido político, los actos del partido son imputables a sus dirigentes si éstos no se desmarcan expresamente. 4. La apreciación de que la medida aunque grave está atemperada por la posibilidad de evitarla mediante una declaración de rechazo de la violencia circunstancia que impide que el derecho quede desnaturalizado. 5. La consideración del contexto histórico-político de más de 30 años de violencia terrorista como factor que justificaría esta medida. 7. Por último, aunque la medida es aplicada por un órgano administrativo, es elemento a tener en cuenta que la resolución de éste es recurrible ante los tribunales.

1. En cuanto al requisito de que la medida esté prevista por la ley, cabe advertir que en algunos casos el TEDH no analiza la cuestión desde esta perspectiva, que exige que la misma reúna unos requisitos de calidad, concretamente-

²⁷ En el mismo sentido *vide* SSTC 68/2005, de 31 de marzo, y 62/2011, de 5 de mayo.

te, que sea accesible y previsible²⁸ y, en otros lo hace de forma muy sucinta²⁹. Si en el caso que nos ocupa analiza esta cuestión, posiblemente será igual de somero y concluirá con que la norma al estar también publicada en el BOE es accesible y, al fijar con claridad y precisión las consecuencias de no obrar como exige la norma es previsible ya que un representante político puede razonablemente esperar que de no hacer lo que la norma pide (una declaración de condena), se le aplique la consecuencia (desposesión del escaño).

2. Aunque el TEDH mantiene un concepto autónomo de lo que es derecho penal y sanción penal que le he llevado a considerar como tales normas y medidas que no eran calificados de esta guisa por el ordenamiento nacional en cuestión, en los casos contra España por disolución de partidos políticos, de forma muy escueta, ha dado por buena la naturaleza no penal de la LOPP. De llegar un caso al TEDH sobre la aplicación de la causa de incompatibilidad sobrevenida de la LOREG, es muy probable que se pronuncie en idéntico sentido. El TEDH analizaría la cuestión desde la perspectiva del artículo 3 del Protocolo número 1 a cuyo tenor: «Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, periódicamente, elecciones libres por voto secreto, bajo las condiciones que asegure la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección de sus cuerpos legislativos». El derecho aquí reconocido garantiza también el derecho de sufragio activo y pasivo. En numerosas sentencias tales como *Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica*, de 2 de marzo de 1987, *Ždanoka c. Letonia*, de 16 de marzo de 2006 o *Etxebarria Barrena Arza, Nafarroako Autodeterminazio Bilgunea y Aiarako y otros c España*, de 30 de junio de 2009, anuda el TEDH este derecho con el principio democrático, «por lo que para el Convenio reviste una

²⁸ *Vide* el caso *Selim Sadak c. Turquía*, de 11 de junio de 2002. En él, el TEDH atribuye la vulneración del Convenio a la sentencia del Tribunal Constitucional aunque lo que verdaderamente enjuicia el TEDH es la norma en sí, en este caso el artículo 84.3 de la Constitución turca. Lo mismo sucede en el caso *Kavakçı contra Turquía*, de 5 abril de 2007.

²⁹ Los casos *Etxebarria, Barrena Arza, Nafarroako Autodeterminazio Bilgunea y Aiarako y otros*, de 30 de junio de 2009, *Herritarren Zerrenda*, de 30 de junio de 2009, *Eusko Abertzale Ekintza-Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV)*, de 7 de diciembre de 2010, *Aukera Gutiak*, de 9 de febrero de 2010.

De forma sucinta argumenta el TEDH que la medida incriminada estaba prevista por una norma interna, la LOREG tras la reforma llevada a cabo por la LOPP, que cumplía los requisitos *supra* citados para ser compatible con el CEDH. Efectivamente, en el caso *Etxebarria* afirma que «el ordenamiento jurídico español prevé la medida en litigio. En opinión del Tribunal, los demandantes podían razonablemente esperar que esta disposición fuera aplicada en su caso. En efecto, fue publicada en el Boletín Oficial y estaba en vigor en el momento en que las candidaturas de las agrupaciones electorales en litigio fueron anuladas, lo que confería a la Ley un carácter suficientemente previsible y accesible».

importancia capital. Sin el derecho a unas elecciones libres no hay democracia». Esto conecta este derecho con derechos tales como la libertad de expresión o el derecho de reunión y manifestación. Efectivamente, en la segunda de las sentencias citadas pone de manifiesto que «el artículo 3 del Protocolo 1 entronca con otras disposiciones del Convenio que protegen diversos derechos civiles y políticos tales como, por ejemplo, el artículo 10 que garantiza el derecho a la libertad de expresión, o el artículo 11, que consagra el derecho de asociación» de tal manera que «existe un lazo de unión entre estas disposiciones, a saber: la necesidad de garantizar el respeto del pluralismo de opiniones en una sociedad democrática». De este lazo de unión, sin embargo, no deriva que el Tribunal haya de aplicar automáticamente los mismos criterios para analizar la adecuación de la injerencia en cuestión al Convenio.

Advertirá el TEDH en su sentencia Podkolzina c. Letonia, de 1 de julio de 1997, en relación con este derecho que «los Estados gozan de una considerable **margen de apreciación** para establecer en su ordenamiento jurídico las normas que rijan las condiciones de los parlamentarios, incluyendo los criterios para su descalificación». Las medidas, reconoce el TEDH, son muy diversas si observamos los estados miembros del Consejo de Europa. «Ninguno de estos criterios debería, sin embargo, ser considerado más válido que otro siempre que garantice la expresión de la voluntad del pueblo mediante elecciones libres, justas y regulares»³⁰.

Los Estados, pues, gozan en esta materia de un margen de actuación más amplio que en relación con los derechos citados *supra*. Las reglas que se aplican para analizar la conformidad de la medida con el Convenio deben considerarse «menos estrictas que las que son aplicadas en relación con los artículos 8 a 11 del Convenio». Aquí el Tribunal hace uso de la noción de limitación implícita ya que en el derecho consagrado en artículo 3 del Protocolo nº 1 no está limitado por una lista precisa de fines legítimos, como sucede con los artículos 8 a 11 CEDH, de lo que deriva que los Estados pueden libremente basarse en un fin que no aparece en dichas listas para justificar una restricción. Además, de esta noción de «limitación implícita» se desprende que el Tribunal no aplica los criterios tradicionales de «necesidad» o de «necesidad social imperiosa» que son utilizados en el marco de los artículos 8 a 11 del Convenio, sino que en relación con el derecho a unas elecciones libres el Tribunal se basa en dos criterios: constatar, por un lado, si ha habido arbitrariedad o falta de proporcionalidad y, por otro, si la restricción ha vulnerado la libre expresión de la opinión del pueblo. Vemos, por tanto, que mientras que en los casos en que entran en juego los

³⁰ En el mismo sentido, STEDH Zdanoka c. Letonia, de 17 de junio de 2004.

derechos de asociación, de reunión y manifestación o de libertad de expresión, especialmente cuando son ejercidos por partidos políticos o representantes políticos, el margen de apreciación de que dispone el Estado es estricto, en relación con los derechos derivados del artículo 3 del Protocolo nº 1, los Estados «gozan de un amplio margen de apreciación» limitándose el Tribunal a constatar que no se limitan los derechos «hasta el punto de desnaturalizarlos y privarlos de eficacia».

En cuanto a la aplicación del principio de proporcionalidad, la realidad es que la medida es aplicada por igual a todos los electos, tanto a los responsables de los actos que han dado lugar a la ilegalización, como a los que nada han tenido que ver con ellos, lo que puede conllevar más de un problema. Cabe traer a colación, así, la STEDH *Selim Sadak c. Turquía*, de 11 de junio de 2002, en la que el Tribunal de Estrasburgo consideró desproporcionada y, por lo tanto contraria al CEDH, la aplicación de esta medida sancionatoria con carácter indiscriminado. Al constatar en su argumentación que «la extinción del mandato parlamentario de los demandantes es la consecuencia de la disolución del partido político al que pertenecían y es independiente de sus actividades políticas a título personal», el TEDH concluyó que se trataba de una medida de «severidad extrema». El TEDH consideró no ajustado a derecho el artículo 84.3 de la Constitución turca, vigente en la época de los hechos, que extendía la pérdida de la condición de diputado a todos los diputados miembros del partido ilegalizado sin tener en cuenta si con sus actos habían contribuido o no a la ilegalización del partido en cuestión³¹. Ahora bien, existe una diferencia sustancial entre el caso español y turco, hecho que ante una hipotética demanda ante Estrasburgo, podría hacer inclinar la balanza del lado de la regulación española: la LOREG, a diferencia de la Constitución turca, da la posibilidad al electo de no ser desposeído del cargo con la realización de una simple declaración de rechazo de los actos que han propiciado la ilegalización de la formación política. Esta posibilidad atempera en gran parte la severidad de la medida, y —de un análisis

³¹ Art. 84.3. «[...] La condición de diputado cuyos actos y palabras hayan llevado consigo, según la sentencia del Tribunal Constitucional, la disolución del partido y de los demás diputados que, en la fecha en que se incoó la acción eran miembros del partido disuelto definitivamente, finalizará el día de la notificación de la decisión de disolución a la presidencia de la Gran Asamblea nacional de Turquía». En 1995 se modificó la Constitución circunscribiendo esta medida a los responsables de los actos. De acuerdo con ello, el vigente artículo 84.5 tiene el siguiente tenor literal: «[...] El mandato de diputado cuyos actos y palabras hayan llevado consigo, según la sentencia del Tribunal Constitucional, la disolución del partido, finalizará el día de la publicación de dicha sentencia en el Boletín Oficial. La presidencia de la Gran Asamblea nacional ejecutará esta parte de la sentencia e informará de ello al pleno de la Asamblea».

de la jurisprudencia del TEDH en materia de normas restrictivas de derechos— permite colegir que podría ser declarada conforme al CEDH.

Cabe recordar con el TEDH que, celebrados unos comicios, el pueblo ha hablado, por lo que, como señalan, entre otras, las SSTEDH *Lykourazos c. Grecia*, de 15 de junio de 2006, y *Kavakçı c. Turquía*, de 5 abril de 2007, no ha lugar a alteración de la voluntad del pueblo si no es por motivos imperiosos, entre los que se sitúa la salvaguarda del orden democrático. En el caso español, queda claro que la finalidad de las medidas de disolución de una formación política y de pérdida del escaño por incompatibilidad sobrevenida de los cargos representativos que no se desmarquen de la actividad del partido ilegalizado que ha dado lugar a dicha medida, no persigue acallar a parte de la población, sino impedir el acceso a las instituciones a los que dan su apoyo y siguen las instrucciones marcadas por los terroristas. La prueba más palmaria de lo dicho es la existencia de formaciones políticas legales ideológicamente encuadradas en la izquierda abertzale que se presentan a las elecciones con toda normalidad, ya que defienden sus proyectos de forma democrática. A pesar de todo, sigue siendo dudosa la aplicación de la medida a aquellos electos que no han desplegado actividad relevante en el seno del partido y todavía más a aquellos que además no son ni afiliados o no se presentaron a las elecciones bajo sus siglas sino con una agrupación electoral.

3. El TEDH en los casos *Partido de la Prosperidad y Zdeanoka* advertirá que los actos de un partido son imputables a sus dirigentes a menos que estos se desmarquen expresamente de aquellos aunque demandará algún tipo de actividad dentro del partido para poder realizar dicha atribución por lo que considerará ajustada a Derecho la desposesión del cargo de aquellos electos que han sido responsables de los actos que han dado lugar a la aplicación de la medida de disolución o sin ser sus autores directos, llevan a cabo algún tipo de actividad dirigente en el partido y no se han desmarcado de ellos. Y ello, incluso, si no se les da a los autores directos la posibilidad de desmarcarse de forma expresa de dichos actos. El problema surge, como hemos dicho, en relación con los electos que no han contribuido con sus actos o declaraciones a la ilegalización de la formación política en cuestión. Afirma el TEDH en el caso *Zdanoka* que: «el comportamiento de un político engloba no solo sus acciones y sus discursos sino también sus omisiones o silencios que pueden equivaler a tomas de posición». Ahora bien, de la lectura de la sentencia se desprende que el TEDH exige que la persona que sufra tal medida haya «participado activamente en las actividades del partido ilegalizado» y que la ley le confiera la posibilidad de acudir a los tribunales recurriendo dicha medida. El primer requisito es interpretado por el Tribunal de forma laxa, sin restringirlo a los actos concretos que han dado pie

a la ilegalización de la formación, sino ampliándolo a la mera presencia activa en el partido, circunstancia que se dará en la mayoría de cargos electos pero que no descarta la existencia de cargos sin actividad en el partido. A la vista de lo dicho por el TEDH, probada esta circunstancia, la desposesión del cargo podría vulnerar el CEDH. Otro elemento a destacar es que el Tribunal no otorga trascendencia al hecho de que el demandante no haya sido perseguido penalmente por dichos hechos. Estas dos cuestiones revisten aquí capital importancia ya que salvan los principales obstáculos con los que la aplicación de la causa de incompatibilidad sobrevenida pudiera encontrarse en Estrasburgo.

Volviendo al caso español, la LOPP permite considerar una actitud de silencio y no condena de actos terroristas como un acto de apoyo tácito a los terroristas. Hay que recordar que la ilegalización de una formación política exige que los actos sean graves y reiterados y el TEDH, en la sentencia Herri Batasuna, Batasuna, de 30 de junio de 2009, concluye que «también» la negativa a condenar el terrorismo puede ser tenida en cuenta a la hora de ilegalizar una formación política, ya que el silencio puede ser calificado de acto de apoyo tácito. En cualquier caso, el TEDH se encarga de puntualizar que el silencio estuvo acompañado de multitud de actos de apoyo expreso a los que parece dar más importancia y trascendencia. Siendo ello así, la cuestión a dilucidar es si para ser desposeído del cargo es suficiente con un solo acto omisivo consistente en no realizar una declaración de rechazo. El TEDH tiene dicho que la proporcionalidad de la medida debe valorarse teniendo en cuenta el contexto histórico en el que se produce. En un contexto de más de treinta años de violencia terrorista, la negativa a condenar los actos de terroristas puede ser considerada, de acuerdo con el propio Tribunal en el caso Herri Batasuna, como un acto de apoyo que se enmarca en una estrategia comprometida «con el terror y contra la convivencia organizada en un Estado democrático». Por otra parte, dicho acto omisivo es atribuirle a un cargo público, hecho que, como se desprende de la STEDH Zana c. Turquía, de 25 de noviembre de 1997, añade un plus de gravedad al acto omisivo, en cuanto que a un cargo político se le exige un mayor compromiso con la democracia y, por tanto, un rechazo sin ambigüedades la violencia terrorista³². Además, en el caso español, la negativa a formular la condena se enmarca, de momento, en una situación en la que la banda terrorista ETA no ha procedido a su disolución con lo que la amenaza real sigue existiendo. A ello hay que unir la posibilidad que ofrece la ley de eludir esta consecuencia

³² Resulta oportuno recordar que en este caso el TEDH no consideró contraria al CEDH una pena de prisión por unas declaraciones ambiguas de un antiguo alcalde que podían interpretarse como de apoyo a los terroristas del PKK.

realizando una declaración de rechazo que sería tenida en cuenta por el TEDH a la hora de analizar la proporcionalidad de la medida. En este contexto de violencia continuada, en el que la banda terrorista no se ha disuelto, el TEDH podría concluir que la desposesión del cargo por no realizar la declaración que exige la LOREG respeta el equilibrio justo entre el derecho fundamental de un individuo a ocupar un cargo público y el derecho legítimo de una sociedad democrática a protegerse contra las actuaciones de las organizaciones terroristas siempre y cuando dicho cargo hubiese realizado actividades o declaraciones en pro de los terroristas o hubiese tenido una presencia activa en el seno del partido. Más dudas plantea, como se ha dicho, la remoción de los electos que no han hecho ni lo uno ni lo otro.

4. La pérdida de la condición de electo es calificada por el TEDH como una injerencia muy grave en los derechos políticos de los ciudadanos. Si bien ha considerado desproporcionado que tal medida se aplique de forma indiscriminada a todos los electos de una formación política, coalición, etc. ilegalizada con posterioridad a las elecciones, en los casos resueltos, la legislación del país en cuestión no contemplaba la posibilidad de conservar el escaño con una declaración expresa de rechazo de los actos que habían dado lugar a dicha ilegalización. La LOREG contempla esta posibilidad lo que atempera la gravedad de la medida. Además, la negativa a realizar una declaración en tal sentido puede ser interpretado como apoyo implícito a la banda terrorista, tal como el Tribunal ha reconocido, entre otras, en la sentencia *Herri Batasuna, Batasuna c. España*.

5. El Tribunal señala la necesidad de apreciar toda legislación electoral a la luz de la evolución política del país en cuestión, lo que implica que «las características inaceptables en el marco de un sistema pueden justificarse en el contexto de otro». Sin duda, aquí tendría en cuenta el contexto histórico-social, por todos conocidos, de más de treinta años de barbarie asesina de la banda terrorista ETA, incluyendo los intentos del Estado por entablar conversaciones con el objeto de lograr el fin de la violencia, siempre fracasados por no ser otra cosa que una artimaña de la banda, las llamadas treguas trampa. Sin olvidar la situación actual de cese definitivo de la violencia cuyo desenlace final, la disolución de la banda, todavía no se ha producido. Este contexto sirvió para que el Tribunal aceptara que la negativa a condenar los actos terroristas debía ser considerada apoyo implícito a ETA.

6. Por último, el TEDH prestará atención al hecho de que la medida, aunque impuesta por la Administración Electoral, puede ser recurrida ante la sala especial del Tribunal Supremo de l artículo 61 LOPJ existiendo también la posibilidad de acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional, lo que, con

mucha probabilidad, será juzgado como suficiente a los ojos de las garantías que se derivan del CEDH.

Todo lo anterior puede llevar a concluir al TEDH que la aplicación de esta causa de incompatibilidad sobrevenida es conforme al Convenio. En todo caso podría distinguir entre la aplicación de la medida a aquellos electos que han tenido una participación activa en el partido de aquellos otros que no la han tenido. Por último, viendo otros casos, el examen de la cuestión desde la perspectiva del artículo 3 del Protocolo núm. 1 haría innecesario para el TEDH su examen desde la perspectiva del artículo 9 (libertad ideológica) o 10 (libertad de expresión) CEDH.

Title:

THE DIFFICULT ADAPTATION OF THE CAUSE OF SUPERVENED INCOMPATIBILITY TO THE REPRESENTATIVE MANDATE INSTITUTION

Summary:

1. The difficult adaptation of the cause of supervened incompatibility to the representative mandate institution. 2. Fraudulent techniques by ETA's political wing and its access to public office. 3. Nature of the figure introduced in Section 4 of Article 6 LOREG. 4. Spanish Constitution and the cause of supervened incompatibility introduced in the reform LOREG, 2011. 5. The statement condemning terrorism as an element that prevents the effects of incompatibility cause and the refusal to perform it as implicit support to terrorism. 6. Adaptation to the ECHR on the cause of incompatibility introduced in the reform LOREG, 2011.

Resumen:

A lo largo de los diez años de vigencia de la Ley Orgánica de Partidos Políticos han sido muchos los intentos del entorno político de ETA de salvar los efectos de la Ley y hacerse presente en las instituciones democráticas. En más de una ocasión han tenido éxito. Una vez celebrados los comicios, el daño ya estaba hecho pues la posterior constatación de connivencia con los terroristas no impedía que los electos continuaran en el ejercicio de su cargo y por lo tanto ETA estuviera

presente en las instituciones democráticas. La reforma de la LOREG con la introducción de una causa de incompatibilidad sobrevenida viene a cerrar esta posibilidad. Este trabajo analiza la adecuación al CEDH de esta medida.

Abstract:

During the ten year life of the Political Parties Law, there have been many attempts of ETA's political environment to circumvent the Law and make itself present in democratic institutions. On more than one occasion, they have been successful. If after the election it was proved the connection between ETA and the party with which the elected participated in the electoral process, it was not possible to remove the elected from its office. After election the harm was done, and ETA could remain in public institutions. LOREG's reform in 2011 has closed this possibility establishing the «so called» supervening cause of incompatibility. This paper analyzes the compatibility of this measure with the ECHR.

Palabras clave:

Derecho constitucional; Derecho electoral; Derecho a desempeñar un cargo público; Causa de incompatibilidad sobrevenida; Condena al terrorismo.

Keywords:

Constitutional Law; Electoral Law; Right to hold office; Supervening cause of incompatibility; Rejection of terrorism.

